

A DIGNIDADE DA PESSOA ENCARCERADA EM TEMPOS DE PANDEMIA: A INCONGRUÊNCIA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ANTE À RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SEUS REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA

THE DIGNITY OF IMPRISONED PEOPLE IN PANDEMIC TIMES: THE INCONGRUITY IN THE COURTS DECISIONS IN VIEW OF THE N. 62/2020 NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE RECOMMENDATION AND THEIR REFLECTION ON THE EXECUTION OF THE PENALTY

Juliana Chechi*

Resumo: EO Brasil ocupa o 3º lugar no ranking dos países com a maior população carcerária do mundo, totalizando 773.151 (setecentos e três mil cento e cinquenta e um) mil presos. Como se sabe, as condições em que esses apenados cumprem pena são desumanas, o que facilita a propagação do novo coronavírus. Visando diminuir a velocidade em que a COVID-19 pode se espalhar nas unidades penitenciárias e o número de encarcerados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou a recomendação nº 62/2020, tendo em vista que o Estado deve assegurar o pleno respeito à dignidade, os direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas privadas de liberdade. Porém, quando é feita uma análise das fundamentações nas decisões judiciais, é possível se deparar com a falta de uniformidade na aplicação da atual recomendação. Diante desse conjunto de fatores, as decisões judiciais passam a ocupar o centro do problema na esfera penal, ficando nítida a necessidade da teoria da decisão judicial, para tornar mais eficiente e coerente o poder jurisdicional, controlando e legitimando as decisões criativas dos magistrados. Sendo necessário que se desenvolvam critérios a serem seguidos que respeitem o dever de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal e art. 315 do Código de Processo Penal, tendo assim, um respeito maior aos princípios da execução da pena e todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Sistema Prisional. Pandemia. Legalidade. Execução da Pena.

Abstract: *The Brazil fill the 3rd place in the ranking of the countries with the most incarcerated population of the world, totalizing 773.151 (seven hundred three thousand one hundred fifty one) thousand prisoners. As know as, the conditions of the jailed fulfill their penalty are inhuman, what facilitates the propagation of the new coronavirus. Aiming to*

* Graduada de Direito no Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas/PR

decrease the velocity that the COVID-19 can propagate in the prisional unities and the number of the incarcerated people, the National Council of Justice (CNJ), edited the n°. 62/2020 recommendation, in view of the State must guarantee the full respect for dignity, the human rights and the fundamental freedom of the people deprived of their liberty. However, when an analysis of the legal grounds is made, it's possible to come across a lack of uniformity in the application of the current recommendation. Before a set of factors, the judicial decisions passed to occupy the center of the problem in the penal sphere, There is a clear need for the theory of judicial decision, in order to, that make more effective and coherent the jurisdictional power, controlling and legitimizing the creative decisions of magistrates. Being necessary to develop standards that have to be followed that respect the duty to state reasons, provided for art. 93, IX of the Federal Constitution and in the art. 315 of the Code of Criminal Procedure, thus having a grater respect for the principles of the execution of the sentence and the entire legal system..

Keywords: Execution of the Sentence. Loyalty. Pandemic. Prisional system.

1. INTRODUÇÃO

O cenário atípico em que estamos vivendo afetou diversos setores da sociedade e fez com que fosse necessário tomar certas medidas com o objetivo de minimizar as consequências trazidas pelo COVID-19.

Existem parcelas da população que são mais vulneráveis e conseqüentemente mais expostas ao vírus, e, como nosso sistema carcerário lidera os casos de violação de direitos fundamentais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), previsto no art. 103-B da Constituição Federal, editou a recomendação n° 62/2020, que tem a finalidade de tonar a prisão excepcional para que se tenha “o adequado enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus” (CNJ, 2020, p. 3).

Porém, grande parte dos juízes não aderiu a recomendação, sendo esta a problemática do artigo, ou seja, a falta de uniformização das decisões judiciais, mostrando que nosso poder judiciário por vezes, está tomado pelo ativismo judicial, fazendo com que seja importante o debate crítico sobre alguns aspectos da teoria da decisão, tendo em vista que os magistrados devem proferir decisões que fortaleçam nossa democracia.

O artigo irá se estruturar em quatro partes, sucedidas pela conclusão final. A primeira parte irá expor de forma geral a crise do nosso sistema prisional. A segunda parte explicará a importância do respeito aos princípios da execução da pena, visando a dignidade dos apenados dentro do cenário em que estamos vivendo. A terceira parte se delimitará em trazer alguns casos concretos de decisões que não estão aplicando a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, e o como o ativismo judicial explica essa arbitrariedade. E a quarta parte será dedicada a expor a importância de uma teoria da decisão no Estado Democrático de Direito, que resulte em uma maior transparência e segurança jurídica na esfera penal.

A metodologia adotada para cumprir os objetivos do presente artigo foi revisão bibliográfica e a coleta de dados no INFOPEN, acerca da população carcerária. Os

materiais consultados foram livros, legislações, decisões judiciais, artigos científicos e informações fornecidas pelos órgãos governamentais.

2. A LETALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Não é de hoje que o nosso sistema carcerário enfrenta diversas dificuldades, não sendo capaz de promover a ressocialização das pessoas privadas de liberdade, e além de toda essa precariedade os encarcerados “são ainda submetidos às condições de detenção mais duras e sofrem as violências mais graves” (WACQUANT, 1999, p.06).

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN, mostra que em 2019 o Brasil tinha um déficit de 312.925 vagas no sistema prisional, tendo mais de 700 (setecentos) mil presos, sendo que mais de 30%¹, são presos provisórios. Em síntese, o caos gerado se dá ao encarceramento em massa das camadas mais pobres da sociedade, que vivem nas zonas periféricas e convivem de perto com o crime organizado. Deixando nítida a seletividade do nosso sistema penal que nos é apresentado como igualitário, mas na verdade é totalmente seletivo, atingindo apenas pessoas de determinados grupos sociais (BATISTA, 1990).

Além do mais, o que se perpetua em nossa sociedade é a falta de sensibilidade diante dos direitos dos apenados, deixando de ser implementadas soluções para diminuir a crise do sistema prisional. Prova disso, é que a última Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigação da crise penitenciária foi em 2015². Sobre a crise do sistema carcerário, Michel Foucault nos diz que:

Deveríamos então supor que a prisão é de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribui-las, a utiliza-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O “fracasso” da prisão pode sem dúvida ser

¹ Relatório INFOPEN do ano de 2017 disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 15/06/2020.

² Para mais informações acessar o link: <https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>. Acesso em: 25/06/2020.

compreendido a partir daí. (FOUCAULT, 1987, p. 299)

Deste modo, a partir do momento em que a pessoa está dentro do sistema prisional, ela se depara com a face mais perversa do Estado, pois nossa política criminal se forja na ideia de eliminação física daqueles que se mostram descartáveis ao sistema político, ou seja, o poder estatal acaba sendo como ensina Ferrajoli:

(...) o mais 'terrível' e 'odioso' dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais (FERRAJOLI, 2006, p.15).

Sendo assim, a combinação de uma política criminal que visa a instrumentalização e eliminação de corpos (MBEMBE, 2003), só pode resultar em um sistema carcerário que abandona seus apenados a própria sorte, e no cenário atípico em que estamos vivendo, isso fica ainda mais escancarado diante da análise das decisões judiciais proferidas após a edição da Recomendação 62/2020³.

3. A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO PRÁTICA DOS PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO DA PENA

É de elevada importância que se tenha respeito aos princípios da execução da pena, ainda mais em um país em que a situação carcerária é preocupante, e diante da pandemia, se tornou ainda mais difícil com que se siga o que dispõe a Lei de Execução Penal e a nossa Constituição, resultando na falta de uniformidade na aderência da recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Diante disso, alguns dos princípios deveriam ser ainda mais aplicados no momento das decisões judiciais, como: o princípio da humanidade; devido processo legal; isonomia e o da ressocialização, tendo em vista que os atos judiciais devem fortalecer o Estado Democrático. Além do mais, os princípios são revestidos de força normativa, e servem para nortear o aplicador do direito (SOARES, 2016).

O princípio da humanidade, tem muita importância no momento da decisão judicial no contexto da pandemia, pois o art. 5º, inciso XLIX, pretende garantir que os presos terão sua integridade física e moral asseguradas, e o inciso XLVII do mesmo artigo, via de regra, veda a pena de morte. Assim leciona Franco:

Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a

³ Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional da Justiça disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 25/06/2020.

condição humana.

[...] O princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada. (FRANCO, 2005, p.64).

Porém, esse princípio é nitidamente violado dentro do nosso sistema prisional, pois homens e mulheres cumprem suas penas em presídios superlotados e segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a letalidade do coronavírus dentro das penitenciárias é 5 vezes maior⁴. Portanto, no momento em que o magistrado não converte a prisão preventiva em prisão domiciliar, ele vai contra o princípio Constitucional da humanidade, que veda a pena de morte e a pena cruel, o que é inadmissível tendo em vista “que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem constituição físico-psíquica dos condenados” (BITENCOURT, 2006, p. 21).

Nesta senda, o respeito ao princípio do devido processo legal também é de suma importância, pois as decisões judiciais durante a pandemia, deveriam se ater também no que se encontra disposto na recomendação, fazendo com que se houvessem algumas alterações na maneira do cumprimento da pena de todas as pessoas que são consideradas do grupo de risco⁵, ficando nítido o impacto positivo no sistema prisional, se os magistrados fizessem o uso correto da recomendação alinhado ao princípio, tendo em vista que o que se busca é diminuir a população carcerária.

Já o princípio da isonomia, que está disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal que diz que, “ todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, visa a não diferenciação de tratamento de um apenado para o outro por cunho social, racial

⁴ Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2020-05-05/covid-19-no-brasil-letalidade-e-cinco-vezes-maior-dentro-dos-presidios.html>. Acesso em 27/06/2020.

⁵ Art. 2º. Recomendar aos magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória, notadamente em relação a adolescentes. Art. 3º Recomendar aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, especialmente: I – a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão

Art. 4º, inciso I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal.

Art. 5º, inciso I - concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal...

Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

ou político, fazendo com que todos sejam tratados de maneira igual, o que também está disposto no parágrafo único do artigo 3º da Lei de Execuções Penais, que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Mas a seletividade da aplicabilidade desse princípio fica nítida quando nos deparamos com casos, como do Fabrício Queiroz, que teve sua prisão domiciliar concedida, como dita a atual recomendação, pelo mesmo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que já tinha negado anteriormente outros pedidos de soltura⁶, nos mostrando que essa exceção confirma a regra.

Por último, temos o princípio da ressocialização, que é o escopo central da execução penal, que visa criar meios para que o apenado volte a conviver em sociedade da melhor maneira possível, e o Estado deve disponibilizar todos os meios necessários para que essa pessoa possa se reinserir no meio social. Infelizmente, temos a 3º maior população carcerária do mundo, onde existe um déficit de vagas, grande número de reincidentes, acesso precário à saúde, entre outros problemas⁷ “e um sistema penitenciário falido, não traz condições necessárias para reinserção social (GRECO, 2016, p.588)”.

Em 2015 o Ministro Marco Aurélio, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁸, proferiu seu voto dizendo que os magistrados deveriam levar em consideração todos os problemas do nosso sistema prisional, de modo que as prisões tivessem decisões fundamentadas, e no momento que estamos vivendo, não poderia ser diferente, mas infelizmente o que se tem é o aumento da população carcerária, tendo prisões decretadas com decisões que dizem que “é mais seguro dentro do que fora dos presídios”⁹, mostrando toda a falta de uniformidade e seletividade do nosso sistema judiciário, onde alguns tem seu direito de prisão domiciliar concedido (como será demonstrado adiante), e outros não, mesmo tendo princípios dentro da nossa Constituição Federal que normatizem os direitos de cada apenado.

Neste sentido, se deve pensar em um processo penal que respeita os princípios do texto legal, visando a promoção da justiça, que é o fim maior do Direito, sendo a função do juiz atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais (JUNIOR, 2020, p.70).

⁶ A fundamentação para não concessão da prisão domiciliar foi a seguinte: “Ademais, cumpre destacar que a falta de demonstração concreta dos riscos inerentes a cada um dos pacientes, bem como a alegação genérica de que os estabelecimentos prisionais estão em situação calamitosa, inviabilizam a análise restrita aos requisitos do *fumus commissi delicti* [comprovação de crime e autoria] e do *periculum in libertatis* [o perigo na soltura]”, afirma a decisão. Matéria disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/23/presidente-do-stj-nega-estender-domiciliar-de-queiroz-a-demais-presos-de-grupo-de-risco-da-covid-19.ghtml>. Acesso em 27/06/2020.

⁷ 5 problemas crônicos das prisões brasileiras e como estão sendo solucionados ao redor do mundo, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789>. Acesso em 27/06/2020.

⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 27/06/2020.

⁹ Notícia da decisão judicial com os dados do processo disponível em: <https://matinal.news/com-base-no-cremers-juizes-ignoram-oms-e-negam-liberacao-de-presos-do-grupo-de-risco/>. 27/06/2020.

Ainda é importante destacar, que não se pode negar a semelhança da atual recomendação com o princípio Constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII. Enquanto a presunção da inocência absolve os culpados caso ocorram dúvidas durante o processo, a Recomendação 62 prefere mandar para casa pessoas que poderiam ter a sorte de, permanecendo custodiadas, nunca se contaminarem (MATIDA, 2020), ou seja, a concessão da prisão domiciliar seria uma solução para diminuir a disseminação do vírus, tendo em vista que dentro do estabelecimento prisional, o apenado fica jogado a própria sorte.

À luz das informações trazidas, resta expor que mesmo o ramo da Execução Penal (Lei 7.210/84) sendo autônomo do Direito Penal e Processo Penal e tendo alguns princípios diferente dos apresentados, não se pode voltar a frente para as máximas constitucionais, tendo em vista que estas direcionam a aplicação de todo o Direito (COÊLHO, 2011, p.01).

A manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à coletividade, se os princípios, a lei de execução penal e a recomendação fossem respeitados, iríamos ter uma diminuição significativa no número de presos, pois existem regras dentro do nosso ordenamento que não podem ser violadas, ainda mais se tratando de garantias previstas na Constituição, não ficando a critério do julgador quem tem o direito aos benefícios da recomendação e quem não tem, nos mostrando que a falta de critérios para as decisões vão resultar em diferentes conclusões em casos idênticos.

4. A FALTA DE UNIFORMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS DIANTE DA RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 E O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA

A atual recomendação foi publicada em 17 de março de 2020 e visa tornar excepcional a prisão em meio fechado das pessoas que se enquadrem no grupo de risco, incentivando que os tribunais e juízes preferencialmente apliquem medidas socioeducativas em meio aberto, reavaliem as prisões provisórias nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal, concedam a saída antecipada dos regimes fechados e semiaberto, conforme a súmula 56 do Supremo Tribunal Federal, entre outras medidas.

Também não se pode deixar de evidenciar que o Conselho Nacional de Justiça tem competência para fiscalizar o sistema prisional, por integrar o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, não podendo assim, ser ignorado o caráter normativo da recomendação 62/2020 (MATIDA, 2020).

Contudo, é notória a rara aderência da recomendação editada, fazendo com que a atuação dos magistrados não tenha uma uniformidade, sejam tomadas de subjetividades, e que se crie um cenário de insegurança jurídica. Em matéria de execução penal, o caso se torna ainda mais dramático, afinal, é a liberdade de uma pessoa que está sendo posta em julgamento, e diante da pandemia, a vida. Sendo assim, o Estado Constitucional resta prejudicado diante das decisões desparelhas do Poder Judiciário.

Para exemplificar, em São Paulo, um Desembargador não concedeu a prisão do-

miciliar a uma mulher que estava custodiada em presídio superlotado porque “dos cerca de 7.780.000.000 habitantes do planeta Terra, apenas três: Andrew Morgan, Oleg Skripocka e Jessica Meier, ocupantes da estação espacial internacional (...) por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado coronavírus”¹⁰.

E em outro caso, uma juíza negou o direito de prisão domiciliar de um preso hipertenso (caso este que se enquadra no grupo de risco), pois quem comete algum delito “não teria muita dificuldade, ou freios internos para violar regras sanitárias para permanência em domicílio”¹².

Como maneira de ficar evidente a falta de uniformidade das decisões judiciais, é só nos recordarmos do Ministro do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a prisão domiciliar a Fabrício Queiroz e sua esposa, e negou os outros 95%, em números, o Ministro atendeu somente 18 dos 725 pedidos formulados no contexto da pandemia¹³.

Sendo assim, o que se pode notar nas duas decisões acima, é que quando os magistrados não aderem a atual recomendação, suas manifestações são genéricas, sem fundamentação adequada, o que é vedado pelo art. 315, §2º do Código de Processo Penal e art. 93, inciso IX da Constituição, é importante reforçar que as fundamentações devem sempre ter previsão legal, serem baseadas em argumentos jurídicos, “porque a sociedade tem uma garantia: o respeito à Constituição” (LEPPER, STRECK, TASSINARI, 2015, p.59) .

A situação atípica que estamos vivendo é de um conhecimento geral e a crise do sistema prisional também, não podendo os magistrados aplicarem a recomendação somente em casos isolados, sendo que os demais, também se enquadram nos quesitos para ter a prisão domiciliar concedida.

Diante da arbitrariedade das decisões, o que se nota é o nosso ativismo judicial à brasileira, onde o Poder Judiciário, revestido de supremacia acaba desempenhando funções que constitucionalmente não são suas. Sendo assim, Garapon diz que a decisão judicial passa a ser vista como critério de desejo e vontade daquele que julga:

o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.
revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrá-

¹⁰ Notícia disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opinio-juizes-criminais-lavam-maos-diante-coronavirus-habeas-corpus-2061058-72.2020.8.26.0000> (7ª Câmara de Direito Criminal do TJSP). Acesso em 28/06/2020.

¹¹ Notícia disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opinio-juizes-criminais-lavam-maos-diante-coronavirus>. Acesso em 28/06/2020.

¹² Notícia disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/26/ministro-do-stj-que-liberou-prisao-domiciliar-para-queiroz-rejeitou-outros-700-pedidos-sobre-covid-19.ghtml>. Acesso em 28/06/2020.

rio, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos media, se a magistratura não tiver grande tradição de independência. (GARAPON, 1998, p. 54)

De maneira sintética, é possível afirmar que “o ativismo judicial ocorre quando o direito é substituído por argumentos morais, políticos e preferências pessoais dos juízes” (STRECK, 2011, p. 589). Nesta senda, as decisões judiciais passam a ser critério de vontade, com isso o que se consolida é um cenário intenso de protagonismo judicial, que se volta para uma ampla intervenção judiciária, conhecido como *judge-made law*, ou seja, o direito feito pelos juízes (LEPPER, STRECK, TASSINARI, 2015).

Seguindo essa terminologia *judge-made law*, extraímos o pensamento de que a partir do momento que um magistrado julga levado somente pela seus desejos, não tem outro caminho que o judiciário possa tomar, pois o que se cria é a lei da vontade, nos fazendo ficar diante de um magistrado que profere decisões tomadas de discricionariedades “selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas” (CASSALINI, 2006, p. 284).

Diante do exposto, é nítido como o ativismo figura como um problema em nosso ordenamento jurídico, por ser algo que se vincula à vontade do julgador, que diante da problemática debatida no presente trabalho, julga conforme sua vontade sem observância da atual recomendação, o que não deveria ocorrer, pois “o Judiciário não pode se omitir da sua função, sob pena de eliminar de vez as chances de justo equilíbrio no jogo democrático” (MATIDA, 2020, p.10).

O momento em que estamos vivendo exige que se tenha uma compreensão diferenciada frente à situação, tendo um balanceamento dos riscos sociais dessa pessoa privada de liberdade em um ambiente que favorece a propagação rápida do vírus. Como citada na própria recomendação, a sua finalidade é que se tenha a continuidade da prestação jurisdicional, o respeito ao devido processo legal, previsto no art.º 5º, inciso LIV da Constituição Federal e aos direitos e garantias Constitucionais, não podendo permitir que o apenado tenha um agravamento da sua saúde pela prisão.

5. A RELEVÂNCIA DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante de todo o exposto, foi possível compreender que a falta de uniformidade pela arbitrariedade na aplicação da recomendação do Conselho Nacional de Justiça, fere os princípios Constitucionais e tem um impacto negativo no que diz respeito à execução da pena. Sendo assim, deve-se compreender que o poder judicial tem um limite a ser respeitado.

Essa arbitrariedade e discricionariedade, como já vimos, expõe o nosso ativismo judicial à brasileira, e a falta de critérios para as decisões judiciais faz com que se cheguem a resultados diferentes em casos semelhantes. O erro está em autorizar que o judiciário possa agir conforme a sua íntima vontade, chegando ao ponto de

revisar a legislação e até mesmo o texto Constitucional (TASSINARI, 2012). Nesta senda, se mostra necessário o estudo da teoria da decisão que vai contra essa maré de subjetividade que pode se enraizar em nossa democracia.

Em síntese, para entender toda a problemática, é preciso expor que no Brasil temos o que se chama teoria da argumentação, criada por Robert Alexy, em que os casos considerados difíceis devem ter uma ponderação de princípios, mas que devem ser observados três critérios: a adequação, necessidade e a proporcionalidade e, sentido estrito (STRECK, 2017). Porém, essa teoria da decisão é algo que se reveste em nosso ordenamento jurídico de relativismo e discricionariedade, porque em atos abusivos, o magistrado não faz a análise dos critérios citados acima.

Lênio Streck, vai contra essa teoria da argumentação, pois ele propõe que se tenha uma hermenêutica que vá contra a discricionariedade e relatividade que envolvem o ativismo judicial. Sendo assim, os casos que vimos anteriormente, com fundamentações totalmente subjetivas, não deveriam ter espaço em nosso ordenamento, pois não se deve ter lugar para que a convicção pessoal do magistrado seja utilizada para resolução de conflitos. Assim escreve Lênio:

Não se pode “assujeitar” as coisas. O solipsismo judicial se coloca na contramão desses constrangimentos cotidianos, do mundo vivido. No Direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode – e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). Por isso o lema hermenêutico é: deixemos que os textos nos digam algo. Deixemos que a Constituição dê o seu recado. Ela é a linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz. (STRECK, 2017, p. 277)

Sendo assim, o que resulta na falta de uma teoria da decisão é o protagonismo do magistrado, que irá decidir conforme sua consciência e depois irá fundamentar isso juridicamente, mas isso não se mostra como um argumento democrático, porque dizer que o juiz decide conforme sua consciência irá retirar o caráter institucional e político que reveste as decisões do Poder Judiciário (...) fazendo com que ninguém tenha uma segurança jurídica (STRECK, 2017).

Essa ideia de limitação do poder judiciário, que tem como finalidade refutar a discricionariedade, segundo Ronald Dworkin, faz com que se busque uma resposta constitucionalmente adequada, porque a sociedade vai ser vista como uma comunidade de princípios. Para ele, as categorias específicas que abordam a teoria da decisão são: regras, princípios e política.

Um dos pilares de sua obra é a possibilidade de encontrar uma resposta correta diante de tudo isso, porém existem algumas críticas. Grau, nega que se possa alcançar uma resposta correta dentro do ordenamento jurídico, pois cada julgador tem uma compreensão pessoal pré-existente e uma interpretação do texto normativo. Não existindo princípios ou regras que vão uniformizar o ordenamento jurídico,

pelo fato de que o direito está sempre em evolução e deve “ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”. (GRAU, 2005, p. 116). Segundo a lição de Grau, o direito é algo dinâmico e de teve ter uma continua adaptação ao contexto social (GRAU, 2005).

Porém, se levarmos em conta essa justificativa, vamos estar legitimando a discricionariedade do poder judiciário, o que deve ser combatido, pois como já demonstrado, existem consequências que podem ser irreversíveis diante do que estamos vivendo, por todo o problema carcerário que enfrentamos, onde a não conversão em prisão domiciliar como dita a recomendação, pode resultar na morte de uma pessoa, ferindo todos os princípios expostos na nossa Constituição.

A decisão correta abordada por Dworkin se baseia no direito como integridade, para que se compreenda o verdadeiro sentido do direito. Tal questão é importante e abordada por ele da seguinte maneira:

Nossa prática seria muito diferente se fosse unilateralista em termos gerais. Haveria um número muito menor de processos judiciais, pois um pleiteante só moveria um processo se tivesse um claro direito a ganhar, caso em que o réu eventual não se defenderia, preferindo pagar. As pessoas poderiam ainda mover processos quando os fatos fossem discutíveis, pois cada parte poderia esperar convencer o juiz ou o júri de que sua visão dos fatos era historicamente correta. Mas ninguém abriria um processo com a esperança de convencer um juiz a ‘estender’ uma regra inquestionável de maneira polêmica, e (o que é ainda mais importante) ninguém jamais ajustaria sua conduta com a expectativa de que um tribunal pudesse estender uma regra se, por alguma razão, seus problemas fossem levados a ele. (DWORKINK, 2007, p. 175)

Sendo assim, podemos concluir que o direito deveria rejeitar a discricionariedade judicial, pois ela resulta na insegurança jurídica, não garantindo que um direito certo, conferido pela legislação, seja concedido a quem se encaixa nos quesitos dispostos na atual recomendação. Devemos nos apoiar em um direito que busque a melhor resposta, que busque a melhor interpretação judicial. Neste sentido, leciona Clarissa Tassinari:

diante de um caso concreto, o juiz/intérprete/aplicador não está constitucionalmente autorizado a apresentar a solução realizando uma escolha dentre as várias fundamentações consideradas possíveis, dando espaço para manifestação de sua subjetividade, que afasta o argumento jurídico como critério último para resolver um conflito judicial.(TASSINARI, 2012, p. 43).

Por fim, podemos dizer que um juiz, quando profere uma decisão, tem um compromisso Constitucional, sendo isso que irá delimitar sua atuação. O ativismo judicial

e o subjetivismo são dois problemas que mostram de certo modo o enfraquecimento do nosso ordenamento jurídico. Na problemática em tela, mesmo tendo uma hierarquia normativa a ser respeitada, a crise do sistema penitenciário não tem sido combatida, mesmo diante de uma recomendação que reforça a exceção da prisão em unidades prisionais. Se mostrando, assim, a necessidade do respeito à teoria da decisão, como meio de combater ações do Poder Judiciário que possam colocar em risco a saúde e a integridade física dos apenados.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o que vimos foi toda a seletividade, discricionariedade, pragmatismo do nosso sistema penal. A dignidade da pessoa encarcerada é algo que merece tutela, e qualquer meio de punição que não respeite os direitos Constitucionais deve ser combatido, pois não podemos deixar que o Poder Judiciário seja autoritário. Não podendo assim, a vontade do agente público passar por cima da aplicação de direitos.

Como foi visto, o respeito aos princípios da execução da pena tem papel extremamente relevante em meio ao encarceramento em tempos de pandemia, onde sua correta aplicabilidade resultaria em um sistema prisional mais digno. O Conselho Nacional de Justiça não está exigindo que se criem novos direitos, mas que se respeite os já existentes.

Diante disso, a teoria da decisão que advém dos estudos de Ronald Dworkin e são traduzidas por Lênio Streck, como meio de se buscar a resposta constitucionalmente adequada, servem para que as decisões judiciais, que nesse caso figuram como o epicentro da problemática, sejam proferidas no sentido de ressaltar o compromisso do Estado Democrático de Direito.

A resposta prática da aplicação de tudo isso, no cenário atual, resultaria em uma diminuição da superlotação de presídios, reduzindo o número de presos e se buscando outros meios do cumprimento da pena, preferencialmente em meio aberto, daqueles que não cometeram seus crimes com violência ou grave ameaça. Sendo assim, a uniformização na aplicabilidade da decisão resulta em: mais transparência do Poder Judiciário, respeito à Constituição, aos princípios da execução da pena e a Recomendação nº 62/2020 e mais segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª Ed. Rio de Janeiro. 2019. P. 25.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.

BRASIL. Lei de Execução Penal de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.

BRASIL. Recomendação n.º 62/2020 de 17 de março de 2020 do Conselho Nacio-

nal de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> . Acesso em 25 de junho de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 284.

COELHO, Bruna Fernandes. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO PENAL COMO RAMO AUTÔNOMO E JURISDICIONAL DO DIREITO BRASILEIRO. 2011. Artigo Científico. Revista Direito UNIFACS. p.01

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Law's empire. p. 175

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. São Paulo: RT, 2005. , p.64.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. ver. ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 15.

FOUCAULT. Michel. Vigiar e Punir. 27ª Ed. Rio de Janeiro. p. 299.

GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. P. 54.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26, 99 – 103 e p. 116.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal -Parte Geral.18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p.588.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 17ª Ed. São Paulo. 2020. p.70.

LEPPER. Adriano Obach. STRECK, Lênio. TASSINARI, Clarissa. O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326. 2015. Artigo Científico. p.59.

MATIDA. Janaina. É preciso dar fim a seletividade probatória. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/limite-penal-preciso-dar-fim-seletividade-probatoria>. Acesso em: 17 julho 2020. p.10.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. 1. Ed. São Paulo. 2019. P. 10.

SOARES. Samuel Silva Basílio. A execução da pena e a ressocialização do preso.

2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54559/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-presos>. Acesso em: 10/07/2020

TASSINARI, Clarissa. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORANEO: UMA CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL. 2012. Artigo Científico. p. 43.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017^a. p. 153- p., 277 e p. 589.

WACQUANT. Loic. Punir os Pobres. 2^a Ed. Rio de Janeiro. p.06.